

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un "droit de destination"**

Laurent, Philippe

*Published in:*  
Droits intellectuels

*Publication date:*  
2008

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Laurent, P 2008, 'Les licences de type open source ou open content ne se fondent pas sur un "droit de destination"', *Droits intellectuels*, Numéro 2, p. 149-151.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Les licences de type *open source* ou *open content* ne se fondent pas sur un « droit de destination »

PHILIPPE LAURENT

*Marx, Van Ranst, Vermeersch & Partners*

*La présente contribution a pour objectif d'apporter certaines précisions quant à la validité des licences open source ou open content et de certaines de leurs clauses, en réponse à l'article « Open source software : een analyse naar Belgisch recht » de Messieurs Ywein Van Den Brande et Jeff Keustermans<sup>1</sup>.*

## **I. La validité des clauses « Copyleft » de certaines licences de logiciels *open source* ne dépend pas de l'existence d'un « droit de destination »**

Les licences *open source* permettent aux licenciés de modifier les logiciels auxquels elles s'appliquent et de les redistribuer avec ces modifications. La spécificité des licences *copyleft* est de contenir une clause caractéristique qui « conditionne » cette autorisation. La clause *copyleft* désigne communément une clause imposant au licencié, ayant décidé de redistribuer le logiciel modifié<sup>2</sup>, d'effectuer cette redistribution sous la même licence *open source*.

Nous nous rallions vigoureusement à Messieurs Van Den Brande et Keustermans lorsqu'ils répondent positivement à la question de la validité des clauses *copyleft* en droit belge. Les clauses *copyleft* constituent en effet une application, certes originale, de procédés contractuels classiques<sup>3</sup>. Les auteurs de logiciels disposent des droits exclusifs d'autoriser ou d'interdire toute reproduction,

transformation, distribution ou communication de leurs œuvres<sup>4</sup>, et ont également le droit de définir sous quelles conditions et en échange de quelles contreparties pareille autorisation est accordée.

Effectivement, comme Messieurs Van Den Brande et Keustermans le précisent, quand bien même l'auteur de l'œuvre originale n'a pas de droit d'auteur en tant que tel sur l'œuvre dérivée, le licencié, auteur de l'œuvre dérivée, reste strictement tenu par ses engagements envers l'auteur de l'œuvre originale quand vient l'heure d'exploiter sa propre version du logiciel. Si le licencié a accepté un contrat de licence de type *copyleft*, la distribution ou la mise à disposition au public de l'œuvre dérivée devra se faire sous cette même licence, à moins que les parties ne s'accordent à modifier les conditions initiales.

La motivation de la présente contribution est la volonté de souligner que cette seule base contractuelle (en tant qu'exercice des droits exclusifs classiques reconnus explicitement aux auteurs par la loi) suffit amplement à confirmer la validité des clauses *copyleft*: l'existence ou non d'un éventuel droit de destination (*bestemmingsrecht*) sur un logiciel n'influence en rien la validité de pareilles clauses et reste étrangère à la question.

Rappelons tout d'abord que le droit de destination est une construction jurisprudentielle et doctrinale contestée<sup>5</sup> qui consiste à reconnaître à l'auteur la faculté exclusive « de réserver à un usage bien déterminé les repro-

<sup>1</sup> I.R.D.I., 2007, p. 369 et s.

<sup>2</sup> La communication des modifications n'est en effet pas imposée en tant que telle par la licence: la clause *copyleft* ne sort ses effets que quand il y a effectivement redistribution ou communication de la version modifiée.

<sup>3</sup> A cet égard, nous renvoyons le lecteur à l'analyse contractuelle faite par Y. COOL, qui compare la clause *copyleft* à une condition résolutoire ou à un pacte comissoire selon la licence envisagée, dans le cadre de sa contribution « Aspects contractuels des licences de logiciels libres: les obligations de la liberté », in *Les logiciels libres face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 150 et s.

<sup>4</sup> Art. 5 de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs. L'assimilation des logiciels aux œuvres littéraires implique que les droits patrimoniaux reconnus à leurs auteurs comprennent également le droit de communication au public prévu par la loi (générale) du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. Voir par exemple F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *Précis du droit d'auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 221.

<sup>5</sup> Voir par exemple S. DUSOLLIER, « Le droit de destination: une espèce franco-belge en voie de disparition », *Propriétés Intellectuelles*, juillet 2006, n°20, p.281 et s., ainsi que les références en note de bas de page n°1. Nous n'aurons pas l'ambition, dans le cadre de la présente note, de nous prononcer sur l'existence même de ce droit de destination. Pareil droit n'aurait cependant que peu d'intérêt en ce qui concerne la protection des programmes d'ordinateur, dans la mesure où quasi toute utilisation d'un logiciel nécessite l'existence d'une licence préalable pour ce faire. Voir PH. LAURENT, « Logiciels libres et droit d'auteur: naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux », in *Les logiciels libres face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 65 et s.

ductions de son œuvre qui ont été mises dans le commerce »<sup>6</sup>. En d'autres termes, il s'agirait de permettre au titulaire de « contrôler l'usage, non plus de l'œuvre (objet immatériel), mais des exemplaires (objets matériels) de l'œuvre »<sup>7</sup>. A la lecture de cette définition du droit de destination, on soulèvera déjà que la clause *copyleft* ne sort ses effets que lorsqu'il y a modification du logiciel et distribution ou mise à disposition du public de la version modifiée. Ces actes concernent bien l'œuvre elle-même, dans son aspect immatériel et protégé par les droits d'auteurs consacrés explicitement par la loi, et non les exemplaires matériels de l'œuvre.

L'objectif (et l'intérêt) de la consécration d'un droit de destination serait d'étendre le droit de reproduction afin qu'il puisse imposer le respect d'une limitation de l'usage des exemplaires de l'œuvre non seulement au cessionnaire de l'œuvre (qui est déjà, *de facto*, tenu par les termes du contrat de cession), mais également à tout tiers venant en possession d'un des exemplaires en question<sup>8</sup>: le droit de destination serait donc opposable « *erga omnes* »<sup>9</sup>. Autrement dit, l'enjeu de la question de l'existence d'un droit de destination est le contrôle de l'usage qui est fait des exemplaires de l'œuvre reproduite avec le consentement de l'auteur, peu importe les mains entre lesquelles ils se trouvent. Mais bien entendu, l'invocation de pareil droit ne serait utile, et n'aurait de sens, que pour contrôler les usages qui ne sont pas toujours soumis en tant que tels à l'autorisation des auteurs. Inutile, par exemple, d'invoquer un droit de destination pour interdire à un consommateur de revendre des copies faites à partir d'un exemplaire acheté licitement dans le commerce, ou de diffuser ce dernier sur Internet: ces actes sont toujours soumis à l'autorisation de l'auteur, dont les droits exclusifs sont déjà, par nature, opposables *erga omnes*... De même, il n'est nullement nécessaire d'invoquer un droit de destination afin d'imposer le respect d'une licence *copyleft* à quiconque

aurait accès à un exemplaire du logiciel, étant donné que ce *quidam* doit de toute façon obtenir l'autorisation préalable de l'auteur avant de modifier ce dernier et d'en redistribuer la nouvelle version ainsi créée.

L'on pourrait imaginer la situation où le licencié (B) ne respecte pas la clause *copyleft* de la licence concédée par l'auteur originaire (A) et redistribue sa nouvelle version sous une licence académique (*non-copyleft*) à un tiers (C). C décide de redistribuer sa propre version sous une licence « propriétaire ». Même dans pareil imbroglio contractuel, un droit de destination serait non seulement inopérant, C ayant été désinformé<sup>10</sup>, mais également inutile: B, par le fait de tenter de transmettre à C plus de droits qu'il ne possède, viole le contrat le liant à A<sup>11</sup> et commet une faute vis-à-vis de C, qui, quant à lui, devra également répondre de sa « contrefaçon » vis-à-vis de A<sup>12</sup>.

## II. Aucune des licences Creative Commons ne repose sur un « droit de destination ».

Messieurs Van Den Brande et Keustermans semblent vouloir établir une analogie entre les licences *open source* et les licences Creative Commons afin de soutenir leur thèse quant à l'application du droit de destination par les auteurs de licences *copyleft*.

Pour rappel<sup>13</sup>, les licences Creative Commons sont des licences de droit d'auteur permissives et modulables, parfois qualifiées *open content*<sup>14</sup>, et inspirées des licences de logiciels *open source*. Les licences Creative Commons permettent au licencié de poser tous les actes protégés par les droits d'auteurs relatifs à l'œuvre visée ou partie de ceux-ci, sous certaines conditions.

Les six principales licences Creative Commons se distinguent entre elles par trois attributs<sup>15</sup>. Chacun de ces attributs correspond à des clauses complémentaires ajoutées dans le texte de la licence et imposant au licencié des

<sup>6</sup> F. GOTZEN, « le droit de destination en Europe », *Dd'A*, 1989, p. 230.

<sup>7</sup> A. STROWEL et E. DERCLAYE, *Droit d'auteur et numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 56. Voir également S. DUSOLLIER, *op. cit.*, p.337.

<sup>8</sup> F. GOTZEN, *Het Bestemmingsrecht van de auteur*, Bruxelles, Larcier, 1975, p. 35.

<sup>9</sup> Brussel (8<sup>e</sup> k.), 9 september 2002, *A&M*, 2004/4, p.329 et s., et note de F. BRISON.

<sup>10</sup> Comme le précisent à juste titre Messieurs Van Den Brande et Keustermans: "het bestemmingsrecht geldt [...] *erga omnes* [...] op voorwaarde dat de derden redelijkerwijze de bestemming zouden moeten kennen". Si C était au courant de la situation, cela impliquerait *de facto* qu'il devait également être conscient des violations contractuelles commises par B et des conséquences qui en découlent à son égard...

<sup>11</sup> Le non-respect de la clause *copyleft* devra s'analyser comme tout non-respect d'une obligation contractuelle et pourra, en fonction de la licence, avoir pour conséquence une exécution forcée ou la résolution du contrat. Voir Y. COOL, *op. cit.*, p. 165.

<sup>12</sup> Nous n'entrerons également pas dans le débat portant sur le caractère inopérant de la bonne foi dans pareilles situations triangulaires. Voir par exemple sur cette question Civ. Gand (1<sup>ère</sup> ch.), 10 jan. 2007, I.R.D.I., 2007, p.13 et s., note de F. PETILLON, et Civ. Bruxelles (17<sup>ème</sup> ch.), 9 mars 2005 [affaire Parc Paradisio], *Ing.-Cons.*, 2006, liv. 2, p. 135.

<sup>13</sup> Des informations générales sur les licences Creative Commons peuvent être trouvées sur le site <http://www.creativecommons.org>.

<sup>14</sup> Les licences Creative Commons ont pour vocation première d'être appliquées aux contenus (littéraires, scientifiques, musicaux, visuels,...) protégés par le droit d'auteur et destinés à être diffusés *on line*.

<sup>15</sup> Un quatrième attribut « Attribution » (ou « Paternité »), qui oblige le licencié à respecter la mention du nom de l'auteur, est d'office présent dans la configuration de toutes les licences.

conditions ou des restrictions supplémentaires. L'attribut « pas de modification » empêche la création d'œuvres dérivées. L'attribut « partage à l'identique » permet la modification de l'œuvre mais impose que la redistribution de l'œuvre modifiée se fasse sous la même licence Creative Commons. Enfin, l'attribut « non commercial » empêche que les actes autorisés par la licence soient effectués dans un but commercial.

La clause « partage à l'identique » (ou « *share alike* ») est similaire aux clauses *copyleft* ci-dessus décrites, et ce qui a été dit au sujet de ces dernières lui est également applicable. La clause « pas de modification » limite la licence à une autorisation de reproduire et de communiquer l'œuvre à l'identique. Référence est donc également faite aux droits exclusifs classiques des auteurs.

La clause « non commercial » n'est pas d'avantage fondée sur le droit de destination<sup>16</sup> et doit être bien comprise: il ne s'agit pas d'empêcher un usage commercial des exemplaires de l'œuvre, mais bien des droits concédés en licence.

La clause « non commercial » s'énonce en effet comme suit:

« *Vous ne pouvez exercer aucun des droits qui vous sont concédés en vertu de l'article 3 en ayant principalement l'intention ou en poursuivant l'objectif d'obtenir des avantages commerciaux ou une compensation financière personnelle.* »

La clause ne sort dès lors ses effets que lorsqu'est exercé un des droits d'auteur concédés par la licence, à savoir les droits de reproduction, de modification (création d'œuvres dérivées), de distribution, de communication, de mise à disposition et de prêt.

L'usage commercial d'un exemplaire de l'œuvre n'est pas visé en tant que tel. On peut très bien imaginer, par exemple, que l'auteur d'un tableau vende celui-ci à un acheteur, et qu'il décide que les droits d'auteur relatifs à ce tableau soient régis par une licence Creative Commons « non commercial ». Pareille licence n'empêchera aucunement l'acheteur de revendre le tableau (le premier « exemplaire » de l'œuvre) au double du prix d'achat s'il en a l'occasion. Par contre, il ne pourra en distribuer des reproductions sous forme de posters ou cartes postales que dans la mesure où il n'en tirera aucun avantage commercial ni n'en obtiendra aucune compensation financière.

Lorsque le Président du tribunal d'arrondissement d'Amsterdam, dans sa décision<sup>17</sup> du 9 mars 2006, a confirmé la validité et l'applicabilité d'une licence Creative Commons « non commercial » utilisée par le plaignant afin de gérer ses droits d'auteur relatifs à des photos, il n'a pas du tout fondé sa décision sur un droit de destination, mais bien sur la simple constatation que « *bij twijfel over de toepasselijkheid en de inhoud van de licentie had zij [ Audax – l'éditeur d'une revue ] de rechthebbende op de foto's (in dit geval A. Curry) toestemming voor publicatie moeten vragen* ». Pour publier les photos dans une revue<sup>18</sup>, l'éditeur n'avait en effet pas d'autre alternative à la licence Creative Commons que de contacter l'auteur afin de s'accorder sur les termes et conditions d'un autre contrat de licence<sup>19</sup>. L'éditeur n'ayant pas contacté l'auteur, et la licence Creative Commons étant le seul contrat dont Audax disposait pour justifier la publication des photos, le Président conclut: « *Audax heeft de voorwaarden als opgenomen in de licentie niet in acht genomen* ».

## Conclusion

Les licences *open source* ou *open content* régissent en général l'usage des œuvres, dans leur nature immatérielle et protégée par les droits d'auteur classiques, et non l'usage des exemplaires matériels ou des supports de celles-ci.

Tout doute doit dès lors être écarté quant au fait qu'il n'est pas nécessaire ou utile de faire reposer l'effet *copyleft* sur un droit de destination. L'effet *copyleft* se fonde en effet sur les droits d'auteur classiques de reproduction, de modification, de distribution et/ou de communication au public.

De même, les attributs des licences Creative Commons n'ont pas pour objectif de contrôler l'usage qui est fait des exemplaires des œuvres, mais bien de soumettre l'usage des droits d'auteur concédés par la licence à certaines conditions.

Ces contrats de licence n'ont dès lors, en principe, aucun rapport avec l'exercice d'un droit de destination, dont l'existence et la légitimité sont toujours, rappelons-le, vivement mis en question par certains auteurs.

<sup>16</sup> *Contra* Y. VAN DEN BRANDE et J. KEUSTERMANS, note sous Arr. Rb. Amsterdam (kort. ged.) 9 mars 2006, *A&M*, 2006/3, p. 273 et s.

<sup>17</sup> Arr. Rb. Amsterdam (kort. ged.), 9 mars 2006, *op. cit.*

<sup>18</sup> La publication de photos implique la reproduction et la distribution de celles-ci.

<sup>19</sup> PH. LAURENT, « Premières réactions des juges face aux licences Creative Commons », *R.D.T.I.*, 2006, n° 26, p. 329 et s.